



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2016

**Das Strafrecht als Allerheilmittel: Aktuelle Tendenzen in der
strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung**

Jositsch, Daniel

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-122263>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Jositsch, Daniel (2016). Das Strafrecht als Allerheilmittel: Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung. Jusletter, (01.02.2016):1-6.

Daniel Jositsch

Das Strafrecht als Allheilmittel

Aktuelle Tendenzen in der strafrechtlichen und in der strafprozessrechtlichen Gesetzgebung

Wenn ein Missstand entdeckt und öffentlich diskutiert wird, lässt der Ruf nach einer Lösung im Strafrecht nicht lange auf sich warten. Dabei bereitet es dem Parlament ganz offensichtlich zunehmend Schwierigkeiten, Mass zu halten. Dies zeigen die aktuellen Tendenzen in der Gesetzgebung, sei es bei der Bekämpfung organisierter Kriminalität, zunehmender Gewalt gegenüber Amtspersonen oder der Bekämpfung pädosexueller Straftaten. Auf diese und weitere aktuelle politische Brennpunkte, die das Strafrecht und das Strafprozessrecht betreffen, wird im Beitrag eingegangen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Strafrecht; Strafprozessrecht

Zitiervorschlag: Daniel Jositsch, Das Strafrecht als Allheilmittel, in: Jusletter 1. Februar 2016

Inhaltsübersicht

1. Strafrecht Besonderer Teil
2. Strafregistergesetz (VOSTRA)
3. Strafprozessrecht

1. Strafrecht Besonderer Teil

[Rz 1] Ein neuer Tatbestand wurde im Zusammenhang mit der Genehmigung und Umsetzung des Internationalen Übereinkommens zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen geschaffen.¹ Es handelt sich um den neuen Art. 185^{bis} Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB), der vom Ausland orchestrierte Formen der systematischen Freiheitsberaubung resp. des Verleugnens einer Person mit dem Zweck, diese langfristig dem Schutz des Gesetzes zu entziehen, unter Strafe stellt. Dass mit diesem Tatbestand solchen Phänomenen nicht Herr zu werden ist, dürfte ausser Frage stehen, aber der Tatbestand kann die internationale Zusammenarbeit in solchen Fällen vereinfachen. In der schweizerischen Rechtspraxis wird der Tatbestand keine Bedeutung erlangen.

[Rz 2] Eine Standesinitiative aus dem Kanton Genf greift das nicht neue Thema der Ausweitung des Tatbestands der Vergewaltigung (Art. 190 StGB) auf.² Da das Delikt auf den erzwungenen Beischlaf begrenzt ist, kommen als unmittelbare Täter nur Männer, als Opfer nur Frauen in Frage. Das erachten der Kanton Genf und mit ihm die Mehrheiten der Rechtskommissionen als ungerechtfertigt, wie im Vorstoss ausgeführt wird: «Derzeit verweigert das Schweizer Recht den Männern die Anerkennung als Vergewaltigungsoffer, wodurch ihre Situation nicht klar definiert ist und als weniger schwerwiegend erachtet wird. Des Weiteren verweigert die enge Definition von Artikel 190 StGB auch Frauen, die sexuelle Übergriffe erleiden mussten, welche ebenso gewalttätig und traumatisierend waren wie ein erzwungener Beischlaf, die Anerkennung als Vergewaltigungsoffer». Dabei räumt der Kanton Genf in seiner Begründung ein, dass die Unterschiede zwischen der Sexuellen Nötigung (Art. 189 StGB) und der Vergewaltigung (Art. 190 StGB) marginal sind. Im Kern geht es darum, dass Art. 189 StGB eine tiefere Mindeststrafe vorsieht. Das führe, so der Kanton Genf, der sich dabei auf QUELOZ beruft³, dazu, dass Verurteilungen wegen Vergewaltigung im Durchschnitt zu rund einem Drittel höheren Strafen führten als solche wegen Sexueller Nötigung. Dabei ist aber freilich zu berücksichtigen, dass Art. 189 StGB auch mildere Formen sexueller Übergriffe erfasst. Ob der Vergleich zwischen Art. 190 StGB und Formen der Sexuellen Nötigung, die mit der Vergewaltigung tatsächlich auf die gleiche Stufe zu stellen sind, bezüglich Strafhöhe ebenfalls markant unterschiedliche Strafen ergeben würde, bleibt offen, darf aber bezweifelt werden. Jedenfalls ist kein Grund erkennbar, weshalb der Umstand, dass Art. 189 StGB auch mildere Formen sexueller Übergriffe erfasst, bei gleicher Obergrenze dazu führen sollte, dass schwere, mit der Vergewaltigung vergleichbare Fälle von den Gerichten milder beurteilt werden sollten als Taten, die nach Art. 190 StGB beurteilt werden. Weiter darf bezweifelt werden, dass an dieser Situation, wenn sie denn so wäre, die Integration entsprechender Handlungen in den Vergewaltigungstatbestand etwas ändern würde. Denn wenn die Praxis entsprechende Tathandlungen de lege lata als milder einstufen sollten

¹ Geschäft Nr. 13.105.

² Geschäft Nr. 14.311.

³ QUELOZ NICOLAS, «Une «diversité culturelle» appelée à disparaître? Le viol d'une personne de sexe féminin (art. 190 CPS) comme lex specialis de la contrainte sexuelle (art. 189 CPS)», in: Queloz Nicolas, Niggli Marcel, Riedo Christof (Hrsg.), «Droit pénal et diversités culturelles, Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo», Genf/Zürich 2012, 441 ff.

als der erzwungene Geschlechtsverkehr, so bliebe den Richtern unbenommen, das Gleiche auch zu tun, wenn die entsprechenden Handlungen von Art. 190 StGB erfasst würden. Die folgerichtige Erkenntnis, dass es sich bei diesem Vorstoss wohl schlicht um Gesetzeskosmetik handelt, hat die Rechtskommissionen aber offenbar nicht davon abgehalten, dem Bundesrat den Auftrag zu erteilen, einen konkreten Gesetzesvorstoss zu erarbeiten. Es ist aber wohl damit zu rechnen, dass in der so genannten Phase 2, also wenn das konkrete vom Bundesrat vorgelegte Projekt diskutiert wird, die Notwendigkeit, gesetzgeberischer Aktivität noch einmal aufgegriffen wird. Dabei kann m.E. durchaus darüber diskutiert werden, ob die Abgrenzung zwischen Art. 189 und Art. 190 StGB noch zeitgemäss ist oder im Sinn des Vorstosses geändert werden soll. Problematisch dürfte vielmehr sein, dass damit auch der Anspruch einhergeht, dass sich damit in der Praxis etwas ändern würde, denn diese Erwartung dürfte enttäuscht werden.

[Rz 3] Bei der Verfolgung pädosexueller Straftaten ist das Parlament seit Jahren besonders aktiv, was zu einer stetigen Ausweitung der Strafbarkeit, teilweise in einen sehr abstrakten vorgelagerten Bereich geführt hat. Vor diesem Hintergrund ist eine Parlamentarische Initiative der BDP zu sehen, die Art. 197 StGB dahingehend ausweiten möchte, dass die Herstellung, der Kauf, Vertrieb und Austausch von Nacktbildern von Kindern aus sexuellen Motiven unter Strafe gestellt wird.⁴ De lege lata werden blossе Nacktdarstellungen von Kindern, sofern kein sexueller Kontext besteht, nicht vom Tatbestand erfasst. Offenbar besteht aber diesbezüglich ein Interesse pädosexuell veranlagter Personen, die solche Darstellungen zur sexuellen Erregung verwenden. Die Vorstellung, dass entsprechend motivierte Personen auch an und für sich harmlose Abbildungen nackter Kinder für sexuelle Handlungen missbrauchen, ist freilich abstoßend. Aus strafrechtsdogmatischer Sicht muss man sich aber die Frage stellen, ob die Herstellung und der Vertrieb und sogar der blossе Austausch oder Kauf von Bildern einzig wegen der Motivation des Täters unter Strafe gestellt werden sollten. Bei allem Verständnis für das Anliegen, Kinder und Jugendliche vor sexuellen Übergriffen zu schützen, sollte der Gesetzgeber sich darum bemühen, nicht über das oft zitierte Ziel hinauszuschiessen. Immerhin kommt die Vorlage erst noch in die Rechtskommission des Ständerats, wobei zu hoffen ist, dass dieser der Motion mit weniger Emotionalität und mehr Augenmass entgegen tritt.

[Rz 4] Aus dem Ständerat resp. – was ungewöhnlich ist – aus der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats stammen Vorstösse, die den Bundesrat beauftragen möchte, den Straftatbestand zur Bekämpfung krimineller Organisationen (Art. 260^{ter} StGB) auszuweiten.⁵ Dabei wird geltend gemacht, dass entsprechende Strukturen mit dem heute geltenden Recht nicht wirkungsvoll bekämpft werden könnten. Das Bedürfnis, den Tatbestand entsprechend auszudehnen kommt dabei ganz offensichtlich von der Praxis. Der Bundesrat führt in seiner Stellungnahme zum Vorstoss richtigerweise aus, dass der Tatbestand erstens bereits nach geltendem Recht weit in den abstrakten Bereich vorgreife, weshalb eine weitere Ausweitung aus rechtsstaatlicher Sicht fragwürdig sei. Zweitens komme Art. 260^{ter} StGB richtigerweise nur subsidiär zu Anwendung, wenn der Täter nicht ohnehin wegen konkreter Delikte verfolgt werden kann, weshalb sein Anwendungsbereich naturgemäss sehr eingeschränkt sein müsse. Überraschenderweise gelangt der Bundesrat dann aber doch zur Schlussfolgerung, dass die Motion zu unterstützen und damit der Prüfauftrag entgegen zu nehmen sei, um der Praxis hier entgegen zu kommen. Es ist zu hoffen, dass die, nachdem beide Rechtskommissionen zugestimmt haben, zu erfolgende Prüfung des Tatbestands zur Einsicht führt, dass unliebsame kriminelle Phänomene nicht einfach dadurch bekämpft werden sollten, indem man

⁴ Geschäft Nr. 15.426.

⁵ Geschäfte Nr. 14.401 und 15.3008.

die Hürden für die Strafbarkeit herabsetzt. Die Bekämpfung der organisierten Kriminalität scheitert nämlich nicht an der fehlenden Strafbarkeit der verfolgten Handlungen, sondern anerkanntermassen an der Schwierigkeit der Beweisbarkeit. Viel erfolgversprechender ist es daher m.E., die Instrumente der Strafverfolgung zu verstärken.

[Rz 5] Eine Standesinitiative aus dem Kanton Tessin, der beide Rechtskommissionen Folge gegeben haben, nimmt das Thema gewalttätiger Übergriffe auf Amtspersonen auf und möchte eine Überprüfung der Strafrahmen von Art. 285 StGB (Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte) und Art. 286 StGB (Hinderung einer Amtshandlung) durch den Gesetzgeber erreichen.⁶ Ziel des Vorstosses dürfte, was allerdings nicht explizit ausgesprochen wird, eine Anhebung der Strafrahmen sein. Der Kanton Tessin begründet seinen Vorstoss damit, dass in den vergangenen Jahren die Zahl der gewalttätigen Übergriffe auf Amtspersonen, namentlich auf Polizeibeamte, markant angestiegen sei. Er beruft sich dabei auf den Verband Schweizerischer Polizeibeamter (VSPB). Gemäss Ausführungen des Kantons Tessin sollen solche Vorfälle vor allem im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen gehäuft vorkommen. Konkret erwähnt werden dabei ein Vorfall nach einem Eishockeyspiel, bei dem Polizeibeamte spitalreif geschlagen worden sind und ein zweiter nach einem Fussballspiel, bei dem eine Polizistin am Hals verletzt wurde. Auch bei diesem Vorstoss ist die Zielsetzung – weniger gewalttätige Übergriffe gegen Amtspersonen – vorbehaltlos zu unterstützen. Trotzdem muss die kritische Frage gestellt werden, ob die vom Kanton Tessin vorgeschlagene und von den Rechtskommissionen mindestens einmal vorläufig unterstützte Vorgehensweise einer Anhebung der Höchststrafen bei Art. 285 und Art. 286 StGB zielführend ist. Anhand der in der Initiative erwähnten Beispiele kann zunächst dargelegt werden, dass bei schweren Übergriffen wie den geschilderten beiden Art. 285 und Art. 286 StGB ohnehin in den Hintergrund treten. Die Täter werden nämlich primär resp. in echter Konkurrenz neben den beiden Bestimmungen zu Einfacher oder Schwerer Körperverletzung (Art. 123 resp. 122 StGB) oder allenfalls sogar wegen versuchter Vorsätzlicher Tötung (Art. 111 StGB) verfolgt. Die obere Grenze des Strafrahmens liegt bei der Schweren Körperverletzung bei zehn Jahren, bei der Einfachen Körperverletzung bei drei Jahren, wobei der Strafrahmen aufgrund der Konkurrenzsituation mit Art. 285 StGB auf viereinhalb Jahre ausgeweitet wird. Das bedeutet, dass schweren Übergriffen bereits nach geltendem Recht mit einem angemessenen Strafrahmen, der notabene bereits heute von den Gerichten kaum ausgeschöpft wird, begegnet wird. Die Fälle, bei denen die Richter einzig auf Art. 285 resp. Art. 286 StGB zurückgreifen können, sind also die milderen. Und auch hier zeigt ein Blick in die Praxis, dass der heute geltende Strafrahmen von Art. 285 StGB kaum je ausgeschöpft wird, weshalb ein weiteres Anheben wohl wenig bringen würde. Eher tief angesetzt ist mit Geldstrafe bis zu 30 Tagessätzen die Obergrenze bei Art. 286 StGB. Dieser Tatbestand kommt indes allein bei milden Formen von Hinderungshandlungen zum Einsatz, weshalb ein Anheben des Strafrahmens am vom Kanton Tessin beklagten Missstand wohl wenig ändern würde. Zusammenfassend muss man feststellen, dass dem durchaus ernst zu nehmenden Problem zunehmender Übergriffe auf Amtspersonen primär damit begegnet werden sollte, dass entsprechende Vorfälle konsequent verfolgt und im Rahmen des geltenden Rechts mit den durchaus zur Verfügung stehenden Strafen sanktioniert werden. Bei Sportveranstaltungen wie generell bei Grossveranstaltungen profitieren die Täter davon, dass sie von der Masse getragen werden, in sie abtauchen können und von ihr vor Verfolgung geschützt werden. Diesem Problem muss man mit stärkerer Polizeipräsenz und massiverem Polizeieinsatz

⁶ Geschäft Nr. 14.301.

und nicht mit höheren Strafrahmen begegnen. Just dieses Instrumentarium halten die Kantone, also auch der Urheberrat der Standesinitiative, in den eigenen Händen.

[Rz 6] An dieser Stelle wurde in der letzten Publikation⁷ auf die Vorstösse aufmerksam gemacht, die eine Erweiterung der Rassendiskriminierungs-Strafnorm (Art. 261^{bis} StGB) auf Fälle von Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung vorschlagen.⁸ In der nationalrätlichen Rechtskommission ist dieses Ansinnen auf offene Ohren gestossen, beiden Initiativen wurde Folge gegeben. Die Schwesterkommission des Ständerats hat das Anliegen unterdessen auch unterstützt, weshalb der Bundesrat nun aufgerufen ist, eine entsprechende Vorlage auszuarbeiten. Dabei dürfte es ratsam sein, dass nicht das Naheliegende – die Ergänzung von Art. 261^{bis} StGB – ins Auge gefasst wird, denn die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung unterscheidet sich in ihrer praktischen Ausprägung von derjenigen wegen Rasse, Ethnie und Religion. Zweckmässigerweise würde wohl der Weg über einen separaten Tatbestand beschritten. Grundsätzlich wäre in der gesetzgeberischen Debatte auch Raum für die Frage, ob die Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung überhaupt auf strafrechtlichem Weg bekämpft werden sollte oder ob andere Rechtsgebiete im Vordergrund stehen müssten.

2. Strafregistergesetz (VOSTRA)

[Rz 7] Das vom Bundesrat dem Parlament präsentierte Strafregistergesetz (VOSTRA)⁹ basiert auf der heute geltenden Verordnung über das Strafregister (VOSTRA-Verordnung)¹⁰. Auf die bundesrätliche Vorlage wurde an dieser Stelle bereits in einer früheren Publikation eingegangen, auf die neben der einschlägigen Botschaft verwiesen sei.¹¹ Was die parlamentarische Beratung betrifft, so wurde die Vorlage vom Erstrat, dem Ständerat, in seiner grundsätzlichen Stossrichtung unverändert gutgeheissen. Das dürfte auch damit zu tun haben, dass es sich hierbei um eine sehr technische Materie handelt. Im Unterschied zum Bundesrat möchte der Ständerat die Strafregistereintragung auf natürliche Personen beschränken und Unternehmen nicht erfassen. Angesichts der sehr beschränkten praktischen Bedeutung der strafrechtlichen Unternehmenshaftung dürfte diese Einschränkung, wenn sie vom Nationalrat mitgetragen wird, kaum praktische Auswirkungen zeitigen.

[Rz 8] Unverändert gelassen hat der Ständerat die Bestimmung betreffend Löschung von Strafregistereinträgen (Art. 32 VOSTRA). Gegenüber dem geltenden Recht schlägt der Bundesrat bei schweren Delikten eine Ausweitung der Verweildauer der Urteile im Strafregister vor. So sollen Urteile, die eine lebenslängliche Freiheitsstrafe ausfallen, für den Rest des Lebens des Verurteilten im Strafregister eingetragen bleiben. Es gibt im Nationalrat Bestrebungen, den lebenslänglichen Eintrag von schweren Gewalt- und Sexualstraftaten über den engen Kreis der lebenslänglichen Urteile auszudehnen. Dies mit der Überlegung, dass mindestens die Strafbehörden bei entsprechenden Delikten auch weit zurückliegende Taten bei neuer Delinquenz berücksichtigen können sollten. Das

⁷ DANIEL JOSITSCH, Land in Sicht – die AT-Revision nähert sich einem erfolgreichen Ende, in: Jusletter 2. März 2015.

⁸ Standesinitiative des Kantons Genf (Geschäft Nr. 13.304) und Parlamentarische Initiative Reynard (Geschäft Nr. 13.407).

⁹ Geschäft Nr. 14.053.

¹⁰ VOSTRA-Verordnung, SR 331.

¹¹ DANIEL JOSITSCH, Strafrecht als Grossbaustelle, in: Jusletter 14. Juli 2014; BBl 2014 5713 ff.

vom Bundesrat vorgeschlagene selektive Zugriffssystem mit unterschiedlichen Zugriffsprofilen (Art. 40 ff.) ermöglicht diesbezüglich differenzierte Lösungen.

3. Strafprozessrecht

[Rz 9] Die Revision des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BüPF)¹² wurde an dieser Stelle bereits eingehend diskutiert.¹³ Mittlerweile konnte das Geschäft grundsätzlich abgeschlossen werden. Die ständerätliche Rechtskommission hat nun aber die Diskussion um die so genannte «Randdatenspeicherung» erneut lanciert. Aktuell müssen die Telekommunikationsanbieter diese während sechs Monaten gewährleisten; der Bundesrat wollte die Frist auf 12 Monate ausweiten. Diese Massnahme ist eine der am heftigsten umstrittenen, weshalb der Ständerat nun vorschlägt, die Randdatenspeicherung auf sechs Monate zu belassen. Es wird sich zeigen, ob der Nationalrat, der bisher immer auf einer Ausweitung auf 12 Monaten beharrt hat, dem Ständerat hier entgegen kommen wird. Angesichts der sich zuspitzenden Terrorgefahr dürfte die Kompromissbereitschaft des Nationalrats sich aber kaum vergrössert haben.

[Rz 10] Umfangreiche Anpassungen im Militärstrafprozessgesetz (MStP) sollen in Umsetzung einer parlamentarischen Initiative vorgenommen werden.¹⁴ Grundsätzlich geht es darum, dass die geschädigte Person im militärstrafrechtlichen Verfahren die gleiche Position beanspruchen kann wie im zivilen Strafverfahren. Das Anliegen geniesst breite Unterstützung und wurde von den Rechtskommissionen beider Räte unterstützt. Die konkrete Umsetzung wird nun zunächst vom Nationalrat beraten.

DANIEL JOSITSCH ist Professor für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich und Ständerat.

Der vorliegende Beitrag beruht auf der Situation Ende Dezember 2015 resp. Ende der Wintersession 2015 der Eidgenössischen Räte.

¹² Geschäft Nr. 13.025.

¹³ DANIEL JOSITSCH, Land in Sicht – die AT-Revision nähert sich einem erfolgreichen Ende, in: Jusletter 2. März 2015.

¹⁴ Geschäft Nr. 10.417.